

N°s 329513 et 329515

M. Marc Robert

Rapporteur : B. Chavanat

Section du Contentieux

Séance du 17 décembre 2010

Lecture du 30 décembre 2010

M. Mattias GUYOMAR, Rapporteur Public

CONCLUSIONS

Sous les deux numéros qui viennent d'être appelés, M. Marc Robert, magistrat issu de l'Ecole Nationale de la Magistrature en 1976, vous demande l'annulation, d'une part, du décret du 23 juin 2009 par lequel le Président de la République l'a nommé, alors qu'il était Procureur Général près la Cour d'Appel de Riom, avocat général à la Cour de Cassation et, d'autre part, du décret du 3 juillet 2009 par lequel le Président de la République a nommé M. Philippe Lemaire, Procureur Général près la Cour d'Appel de Riom. Vous joindrez ces deux requêtes.

Vous admettez l'intervention du Syndicat de la magistrature et de l'Union syndicale des magistrats au soutien de la première de ces deux requêtes.

Sachez que, par une ordonnance du 28 juillet 2009, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté la demande de suspension de l'exécution du décret du 23 juin 2009 pour défaut d'urgence.

Nous commencerons par examiner la requête dirigée contre le décret du 23 juin 2009. Ce sont les moyens de légalité externe articulés à son encontre qui posent les questions les plus délicates.

Citons les textes applicables en matière de nomination des magistrats du Parquet.

Dans la mesure où l'article 38 de la loi organique du 22 juillet 2010 dispose que : « jusqu'à sa première réunion dans sa composition issue de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, le Conseil Supérieur de la Magistrature exerce les compétences qui lui étaient conférées en vertu de l'article 65 de la Constitution dans sa rédaction antérieure à la même loi constitutionnelle », c'était dans sa rédaction antérieure à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 que ledit article 65 était applicable, à la date du décret attaqué : « [...] Le Conseil Supérieur de la Magistrature comprend deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège,

l'autre à l'égard des magistrats du Parquet. (...) / La formation du Conseil Supérieur de la Magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis pour les nominations concernant les magistrats du parquet, à l'exception des emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres. (...) ».

A la différence de celui de Procureur Général près la Cour de Cassation, ni l'article 13 de la Constitution ni l'article 1^{er} de l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat n'a prévu qu'il soit pourvu en Conseil des ministres à l'emploi d'avocat général à la Cour de cassation. La nomination de M. Robert devait donc être précédée de l'avis de la formation parquet du CSM.

Il résulte de l'article 28 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature que cet avis est simple : « Les décrets portant promotion de grade ou nomination aux fonctions de magistrat autres que celles mentionnées à l'alinéa précédent¹ sont pris par le Président de la République sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis conforme de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature pour ce qui concerne les magistrats du siège et après avis de la formation compétente du Conseil supérieur pour ce qui concerne les magistrats du parquet. (...) ».

L'article 38 de la même ordonnance rappelle que « les magistrats du parquet placés hors hiérarchie² sont nommés par décret du Président de la République après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature, à l'exception de ceux dont les emplois sont pourvus en conseil des ministres conformément aux dispositions de l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat ».

Venons en aux dispositions qui encadrent la consultation du CSM.

Dans sa rédaction applicable au décret attaqué, l'article 65 de la Constitution dispose que : « Le Conseil supérieur de la magistrature est présidé par le Président de la République. Le ministre de la justice en est le vice-président de droit. Il peut suppléer le Président de la République. (...) »³.

Les règles applicables au CSM sont définies par la loi organique du 5 février 1994 et par le décret du 9 mars 1994.

La loi organique était applicable, dans sa version antérieure à sa modification par la loi organique du 22 juillet 2010 précitée.

Aux termes de l'article 13 de la loi organique du 5 février 1994 : « Le Conseil supérieur de la magistrature se réunit sur convocation de son président ou, le cas échéant, du ministre de la justice, vice-président ».

¹ C'est-à-dire : les « fonctions de président d'un tribunal de grande instance ou d'un tribunal de première instance ou de conseiller référendaire à la Cour de cassation » pour lesquelles les décrets de nomination sont pris sur proposition de la formation compétente du CSM.

² En vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, les magistrats de la Cour de cassation sont placés hors hiérarchie.

³ Désormais, c'est le premier président de la Cour de cassation qui préside la formation compétente à l'égard des magistrats du siège et le procureur général près la Cour de cassation la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

L'article 35 du décret du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature : « L'ordre du jour des séances est arrêté par le Président de la République, sur avis du ministre de la Justice. Une copie de l'ordre du jour est annexée à la convocation adressée aux membres du conseil supérieur ». L'article 36 du même décret prévoit que : « Chaque formation du conseil supérieur peut, pour préparer ses travaux, se réunir sous la présidence de celui de ses membres qu'elle désigne. ». Et l'article 38 ajoute que : « Pour les nominations sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, le rapporteur de la formation compétente du conseil supérieur prend connaissance au ministère de la justice des dossiers des magistrats intéressés ».

L'article 14 de la loi organique du 5 février 1994 prévoit que : « Pour délibérer valablement, chacune des formations du Conseil Supérieur doit comprendre, outre le président de séance, au moins cinq de ses membres. Les propositions et avis de chacune des formations du Conseil supérieur sont formulés à la majorité des voix ».

L'article 16 de la même loi organique précise que : « Pour les nominations de magistrats aux fonctions du parquet autres que celles pourvues en conseil des ministres, l'avis de la formation compétente du Conseil supérieur est donné sur les propositions du ministre de la justice et après un rapport fait par un membre de cette formation ». Et l'article 17 dispose que : « Les propositions du ministre de la Justice sont transmises au Conseil supérieur avec la liste des candidats pour chacun des postes concernés. Le rapporteur a accès au dossier des magistrats candidats. Il peut demander au ministre de la Justice toutes précisions utiles. Ces précisions et les observations éventuelles du magistrat intéressé sont versées dans le dossier de ce dernier [...] ».

Le décret attaqué vise l'avis du CSM du 4 juin 2009. Or, le requérant soutient qu'en réalité, aucun avis n'a été rendu, le CSM n'ayant pas examiné le projet de sa nomination lors de la séance qui s'est tenue ce jour-là.

Les circonstances précises du déroulement de cette séance ont fait l'objet de nombreux mais contradictoires témoignages dont certains ont connu les honneurs de la presse. Il a ainsi été fait état d'un différend qui aurait opposé le garde des sceaux et le conseiller à la Présidence de la République chargé des affaires de justice, différend portant précisément sur le contenu de l'ordre du jour. Nous n'aurons pas à nous pencher devant vous sur le détail de la séance qui s'est déroulée le 4 juin 2009 au palais de l'Alma, quai Branly. Ni à vous narrer les événements qui sont survenus avant comme après la réunion litigieuse. C'est heureux : chargé de conclure devant vous, nous serions désolé de devoir tenir aujourd'hui la gazette du Conseil supérieur de la magistrature. L'examen du bien-fondé du moyen ne vous conduira en effet qu'à répondre successivement à deux questions, de nature différente : la première, fort simple au demeurant, touche à la lecture du procès-verbal de la séance du 4 juin 2009 ; la seconde est d'ordre juridique : elle porte en effet sur les pouvoirs dont dispose le suppléant lorsque le titulaire de la fonction est empêché.

Afin de déterminer si le CSM a ou non examiné le projet de nomination de M. Robert lors de sa séance du 4 juin 2009, le plus simple consiste, dès lors que les parties s'opposent sur ce point, à se reporter au procès-verbal de la séance qui a été versé au dossier. Certes, figure également au dossier un courrier émanant de trois magistrats, membres de la formation parquet du CSM, qui attestent que ce procès-verbal « comporte des inexactitudes tant dans la chronologie que dans la relation des propos tenus par différents participants. Il en est notamment ainsi des interventions orales, en fin de séance, de M. Patrick Ouart, conseiller

de Monsieur le Président de la République ». Mais ces doutes jetés sur la véracité de certaines des mentions du PV ne portent pas sur celles qui sont décisives pour la question qui nous intéresse.

Citons le PV: « 14 H 30 : Mme le Garde des Sceaux déclare la séance ouverte. Le conseiller à la Présidence de la République rappelle l'ordre du jour tel qu'arrêté le 22 mai 2009. Avant d'inviter le Conseil à entendre les observations des rapporteurs, Mme le Garde des Sceaux demande de différer l'examen du projet de nomination de M. Marc Robert en qualité d'avocat général à la Cour de Cassation. Le président de la formation indique que l'avis est favorable au projet de nomination de l'intéressé. Le Conseil émet ensuite un avis défavorable sur la proposition de nommer [s'ensuivent six propositions]. Enfin, le Conseil émet un avis favorable sur toutes les autres propositions. 15 H 00 : Mme le Garde des Sceaux clôture la séance qu'elle préside après avoir remercié les rapporteurs ».

Pour bien comprendre ce qui s'est passé, il faut rappeler les étapes de la consultation telles qu'elles sont prévues par les textes puis faire état de la pratique habituelle.

Selon la loi organique du 5 février 1994 et le décret du 9 mars 1994, l'ordre normal des séquences devrait être le suivant :

- fixation de l'ordre du jour par le Président de la République sur avis du ministre de la Justice ;
- convocation de la formation compétente du CSM par son président ou son vice-président à laquelle est annexé l'ordre du jour ;
- le cas échéant, réunion préparatoire d'un sous-groupe de la formation comprenant le ou les rapporteurs désignés ;
- réunion de la formation compétente du CSM et formulation d'un avis à la majorité, après audition du rapport.

Il ressort des pièces du dossier, plus précisément du mémoire du ministre de la Justice, que la pratique n'est pas strictement conforme à que prévoient les textes applicables. En premier lieu, il n'y a pas véritablement de convocation mais un calendrier trimestriel des séances, plénières comme préparatoires. Quant à l'ordre du jour, « il est établi de manière itérative au fur et à mesure de la tenue des différentes réunions préparatoires » avant d'être définitivement arrêté « habituellement 3 à 8 jours avant la date de la séance » et remis individuellement à chaque membre.

La résolution du cas de l'espèce ne suppose pas que vous appréciiez les conséquences à tirer de pareille application des règles de procédure fixées par le législateur organique et le pouvoir réglementaire. La réforme du CSM issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et de la loi organique du 22 juillet 2010 rendra nécessaire une modification du décret de 1994. Quelle que soit l'ampleur des changements à venir dans la procédure de consultation, nous appelons l'attention du CSM sur la nécessité de respecter plus scrupuleusement, à l'avenir, le déroulement de la procédure.

Au cas d'espèce, il ressort des pièces du dossier qu'un ordre du jour, comprenant l'examen de la proposition de nomination de M. Marc Robert comme avocat général à la Cour de Cassation, a été arrêté le 22 mai 2009.

Il semblerait toutefois que le projet de sa nomination comme avocat général à la Cour de cassation ait été porté à la connaissance du CSM à une date antérieure. Il ressort en effet des pièces du dossier que M. Robert a été entendu, le 27 avril 2009, au cours d'une réunion préparatoire de la formation parquet et que celle-ci ait émis un préavis défavorable, lors d'une autre réunion préparatoire qui s'est tenue le 5 mai 2009.

Quoiqu'il en soit, cette formation s'est réunie, lors d'une nouvelle séance préparatoire, le 4 juin 2009 au matin au cours de laquelle un préavis cette fois favorable au projet concernant le requérant a été émis. C'est de cette recommandation⁴ dont le PV précité fait état.

Lorsque la formation parquet se réunit, en plénière, le 4 juin 2009 à 14 H 30, elle est donc saisie, entre autres, de la proposition de nomination de M. Robert sur laquelle un préavis favorable avait été émis, lors d'une réunion préparatoire. C'est alors que survient l'événement qui va perturber le déroulement de la procédure de consultation. Selon les propres termes du PV, le président de séance demande, avant l'examen des différents projets de nomination de « différer » celui « du projet de nomination de M. Marc Robert en qualité d'avocat général à la Cour de Cassation ». C'est donc à la lumière de cette décision de reporter à une séance ultérieure l'examen de ce projet de nomination qu'il convient de lire le procès-verbal et notamment, sa dernière phrase : « enfin, le conseil émet un avis favorable sur toutes les autres propositions ».

Le caractère sibyllin de cette rédaction est sans doute regrettable, s'agissant du compte-rendu d'une consultation qui constitue une garantie, prévue par la Constitution, autant pour les personnes dont la nomination est envisagée que pour la qualité du service public de la justice. Elle est néanmoins dépourvue de toute ambiguïté. L'avis émis est favorable pour toutes les propositions, autres que les six précédemment examinées pour lesquelles un avis défavorable a été exprimé, figurant à l'ordre du jour de la séance. Or, si la proposition de nomination de M. Robert était bien inscrite à l'ordre du jour initialement arrêté par le Président de la République, elle n'y figurait plus dès lors que le ministre de la justice, qui présidait la séance, avait décidé d'en différer l'examen- ce qui signifie, en français⁵, quoiqu'en dise le mémoire en défense, le reporter à une prochaine séance.

Il est donc clair que le projet de nomination de M. Robert a été retiré de l'ordre du jour par le Président de la séance du 4 juin 2009. Le CSM doit donc être regardé comme n'ayant pas émis d'avis sur ce projet.

Indiquons tout d'abord qu'une telle modification de l'ordre du jour en séance est toujours possible.

Plus précisément, la faculté de modifier l'ordre du jour d'un organisme collégial est asymétrique. Selon la nature des attributions de l'organisme en cause, il peut en effet être impossible, passé un certain délai, variable selon les configurations, d'inscrire un nouveau

⁴ Contrairement à ce qu'indique le procès-verbal, il ne s'agit pas d'un avis.

⁵ Selon le Nouveau Petit Robert 2008 « différer » signifie : « remettre à un autre temps ; éloigner l'accomplissement, la réalisation de quelque chose ».

point à l'ordre du jour. Les membres de l'organisme doivent en effet être prévenus en temps utile afin d'être mis à même de préparer la séance, au moyen notamment de la consultation de documents qui leur ont été préalablement remis ou de l'instruction d'un dossier. Tel est bien le cas de l'examen des propositions de nomination soumises à l'avis du CSM dans la mesure où un rapport doit être établi au préalable. C'est pourquoi il est prévu que l'ordre du jour soit annexé à la convocation de la formation compétente.

Mais, dans tous les cas, il est loisible au président de séance de retirer tel ou tel point de l'ordre du jour dont le périmètre n'est pas cristallisé, dans ce sens là, à l'occasion de sa fixation. En d'autres termes, si, en principe, on ne peut examiner plus de questions que celles figurant à l'ordre du jour de la séance d'un organisme collégial, on peut toujours en examiner moins. Plusieurs séries de raisons peuvent conduire à retrancher de l'ordre de jour un élément qui y figurait initialement. Le manque de temps tout d'abord qui conduit à parfois à remettre à la prochaine séance ce que l'on n'a pu traiter dans le temps imparti. La décision de compléter l'instruction d'une question afin que l'organisme soit mieux informé ou éclairé au moment de sa délibération ensuite. Ou enfin tout motif relevant de la pure opportunité administrative qu'il ne vous appartient pas de contrôler. Peu important les raisons pour lesquelles le garde des sceaux a souhaité différer l'examen de la proposition de nomination de M. Robert. Il vous suffit de le constater pour en tirer les conséquences.

Et l'on pourrait en rester là pour accueillir le moyen s'il n'était pas soutenu que le garde des sceaux ne pouvait compétemment procéder à un tel retranchement de l'ordre du jour. Si tel était le cas, la dernière phrase du PV devrait être regardée comme visant aussi le projet de nomination de M. Robert, réputé maintenu à l'ordre du jour.

Le Garde des Sceaux, ministre de la justice peut-il légalement, lorsqu'il préside le Conseil Supérieur de la Magistrature, en qualité de suppléant du Président de la République, retirer de l'ordre du jour, tel qu'il avait été fixé par ce dernier, l'examen de la proposition de nomination d'un avocat général à la Cour de cassation ? Cela renvoie à la question plus générale des pouvoirs dont dispose le suppléant lorsqu'il remplace le titulaire de la fonction.

A vrai dire, la réponse n'est guère difficile.

C'est en qualité de président du CSM que le Président de la République en arrête l'ordre du jour. Comme nous venons de vous le dire, il pourrait, en cette qualité, retirer tel ou tel point de l'ordre du jour au cours de la séance. Y a-t-il un obstacle à ce que le ministre de la justice use d'un tel pouvoir lorsqu'il préside le CSM en sa qualité de vice-président de droit, suppléant le Président de la République, ainsi que le prévoit l'article 65 de la Constitution ? Nous n'en décelons aucun.

La suppléance constitue, comme l'intérim, un moyen d'assurer la continuité du service public ou des pouvoirs publics, en l'absence du titulaire d'une fonction ou d'une compétence. Ils poursuivent le même objet selon des modalités différentes. Ainsi que l'expose le doyen Auby, dans sa percutante étude sur « L'intérim » (RDP 1966 p. 864) : « la règle de compétence correspondant à la suppléance se caractérise en ce qu'elle comporte une détermination du suppléant. Dans la règle d'intérim au contraire, il y a indétermination absolue ou relative de l'intérimaire ; même si la règle restreint plus ou moins le choix de

celui-ci, sa détermination ne pourra résulter que d'un acte particulier ». Il poursuit : « la mise en œuvre de la suppléance n'exige pas la désignation d'un suppléant déjà déterminé par la règle de suppléance. Elle n'exige pas non plus son investiture : la suppléance joue automatiquement ».

Le déclenchement de la suppléance résultant d'un simple fait-condition⁶ (la survenance de l'empêchement), son principe ainsi que la détermination du suppléant doivent en principe être prévus par un texte. Comme l'explique Denis Piveteau, dans ses conclusions sur votre décision *Feind* du 25 juin 2004 : « pour la suppléance, un seul texte est suffisant puisqu'il désigne ses qualités, de manière permanente et impersonnelle, l'autorité secondaire qui assurera les fonctions de l'autorité principale «en cas d'absence ou d'empêchement » de celle-ci (Section, 10 décembre 1965, *Société anonyme du casino de Menton*, p. 675).

Votre jurisprudence admet toutefois, exceptionnellement, qu'il existe une suppléance sans texte. Vous jugez ainsi qu'en cas de silence des textes, lorsque le titulaire d'une fonction est absent ou empêché ou lorsque cette fonction est momentanément vacante, l'autorité que sa place dans la hiérarchie administrative ou la nature de ses attributions désignent doit, si cela est nécessaire, remplir en qualité de suppléant la fonction qui n'est plus exercée (Section, 27 juin 1947, *Chambre syndicale nationale de l'habillement, nouveautés et accessoires*, p. 288 ; pour le DDTE suppléant des inspecteurs du travail 23 février 1983, *Ministre du travail c/Machinet* p.78).

Tel n'est pas le cas ici puisque la règle de suppléance est expressément prévue par l'article 65 de la Constitution.

Pour en venir à la question de l'étendue des pouvoirs du suppléant ou de l'intérimaire⁷, plusieurs cas de figure sont envisageables, étant naturellement admis que les conditions requises pour le déclenchement de la suppléance sont remplies (voyez *a contrario* 19 février 1975, *Sieur Poveda Gaston*, T. p.828 et 1040).

En premier lieu, la réglementation relative à la suppléance peut avoir expressément défini ou limité les prérogatives du suppléant. La compétence peut ainsi être limitée à la seule expédition des affaires courantes.

En deuxième lieu, la réglementation peut au contraire avoir expressément prévu qu'il exerce la plénitude des fonctions du titulaire, comme c'est le cas s'agissant de la suppléance du maire (ancien article L. 122-13 du code des communes, aujourd'hui article L. 2122-17 du CGCT). Vous conférez alors toute sa portée à la suppléance (10 avril 1908, *Sieur Lemmet*, p. 420) en jugeant par exemple que le premier adjoint, suppléant, peut rapporter les délégations de fonctions précédemment consenties par le maire (1^{er} octobre 1993, *Bonnet*, p.255) ou que les pouvoirs sont transférés au premier adjoint suppléant, y compris dans les matières pour lesquelles un autre adjoint dispose d'une délégation de signature (19 mai 2000, *Commune du Cendre*, T. p.800).

⁶ Alors que, comme l'explique le doyen Auby dans son étude précitée, s'agissant de l'intérim, le fait-condition ne suffit pas : « il exige nécessairement en outre un acte de l'autorité compétente désignant et habilitant l'intérimaire, déterminant éventuellement la durée et l'étendue de ses pouvoirs » - c'est-à-dire un acte-condition.

⁷ La question est la même. C'est pourquoi nous citerons aussi des décisions relatives aux pouvoirs de l'intérimaire.

Enfin, et c'est le cas le plus fréquent, les textes applicables ne disent rien sur l'étendue des pouvoirs du suppléant. La définition de leur champ doit alors se faire compte tenu de l'objet même de cette institution qui est de répondre aux exigences du fonctionnement régulier et continu du service. Il en découle nécessairement qu'en principe, les pouvoirs du suppléant sont ceux de l'autorité provisoirement remplacée (22 octobre 1948, *Sieur Meunier*, p. 389 s'agissant de la compétence du secrétaire général pour exercer les pouvoirs du préfet empêché). Votre jurisprudence est constante : le suppléant dispose, à l'instar de l'intérimaire, de « l'intégralité des pouvoirs attachés à la fonction qui lui est confiée » (voyez en ce sens 29 janvier 1965, *Mollaret*, p. 61 ; 6 mars 1968 *Franck* p.164 ; 23 janvier 1981 *Mme Février*).

Nous relevons que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est dans le même sens. Il a ainsi admis qu'en vertu d'un décret individuel chargeant un ministre de l'intérim du Premier ministre, ce ministre « possède l'intégralité des pouvoirs attachés à la fonction qui lui était confiée à titre intérimaire » (décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989). Ainsi que l'explique Bruno Genevois, dans son commentaire de cette décision (RFDA 1990 p. 143) : « une semblable motivation est très proche de la jurisprudence administrative. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'un ministre assurant l'intérim d'un autre ministre possédait ainsi l'intégralité des pouvoirs attachés à la fonction qui lui était confiée à titre intérimaire ».

Mais cette plénitude de compétences ne permet pas au suppléant d'excéder le cadre normal de ses pouvoirs. Nous ne pourrions mieux résumer l'état de votre jurisprudence sur ce point qu'en citant le cours de contentieux administratif de Raymond Odent (p. 414) : « le suppléant dispose de tous les pouvoirs de l'autorité qu'il supplée mais il n'en use légalement qu'en se bornant à faire les actes ou à prendre les décisions qui doivent normalement intervenir pendant l'absence ou l'empêchement du titulaire ou pendant la durée de la vacance » (8 mars 1912, *Saint-Taurin*⁸, p. 326 ; 29 janvier 1926, *Lajous*, p. 98 ; 18 mars 1996, *Commune de Villeneuve-lès-Avignon*, p.86). La conduite de la séance d'un organisme collégial confère à son président le pouvoir d'en gérer l'ordre du jour : le ministre de la Justice a donc agi dans le cadre normal des compétences qui lui étaient dévolues en sa qualité de suppléant du Président de la République⁹.

Si vous nous suivez, vous jugerez donc le garde des sceaux, ministre de la justice, qui assurait la présidence du CSM en vertu de l'article 65 précité de la Constitution et qui, en sa qualité de suppléant, exerçait la plénitude des attributions relevant du président de séance, pouvait notamment décider de différer l'examen du projet de nomination de M. Robert inscrit à l'ordre du jour. Vous en déduirez que, lors de la séance du 4 juin 2009, aucun avis n'a été émis sur ce projet de nomination. L'irrégularité résultant du défaut de consultation du Conseil Supérieur de la Magistrature, qui constitue une garantie de valeur constitutionnelle, est donc de nature à entraîner l'annulation du décret du 23 juin 2009.

Vous pourriez ne pas souhaiter nous suivre jusqu'au terme de notre raisonnement. Mais à supposer que vous fassiez l'effort de considérer que, dans les circonstances de l'espèce, le CSM a émis un avis sur le projet de nomination de M. Robert, cet avis serait entaché d'une irrégularité substantielle de nature à entraîner, sur un autre terrain que celui que nous retenons à titre principal, l'annulation du décret attaqué.

⁸ Selon laquelle les pouvoirs de l'adjoint suppléant sont restreints aux actes dont l'accomplissement au moment où il s'impose normalement serait empêché par l'absence du maire.

⁹ N'est en rien en cause, dans cette affaire, le pouvoir de proposition du ministre de la justice qui constitue une compétence propre au garde des sceaux en matière de nomination.

Pour ce faire, il faudrait en effet admettre que l'ordre du jour de la séance du 4 juin 2009 n'a pas été modifié, contrairement à la volonté du ministre de la Justice. La seule circonstance qui ressort des pièces du dossier et qui pourrait fonder une telle affirmation est l'intervention en séance du conseiller à la Présidence de la République. Il faudrait alors comprendre la mention du PV selon laquelle il « rappelle l'ordre du jour tel qu'arrêté le 22 mai 2009 » comme une claire et efficace opposition au choix du président de séance.

Or, ce conseiller n'est pas membre du CSM.

Certes, les textes prévoient, directement ou indirectement, la possibilité pour des personnes qui ne sont pas membres du CSM d'assister à ses délibérations. L'article 10 de la loi organique du 5 février 1994 précise ainsi que : « Les membres du Conseil supérieur ainsi que les personnes qui, à un titre quelconque, assistent aux délibérations sont tenus au secret professionnel ». Plus directement, l'article 39 du décret du 9 mars 1994 prévoit que : « le directeur des services judiciaires ou son représentant assiste aux délibérations du Conseil supérieur de la magistrature lorsqu'il y est appelé par le Président de la République ou par le garde des sceaux. En outre, le président de séance peut inviter à assister aux travaux du conseil supérieur les personnes dont la présence lui paraît nécessaire »

La présence de l'intéressé, lors de la séance du 4 juin 2009, ne constitue donc pas, par elle-même, une cause d'irrégularité de la délibération. Mais s'il est admis que des personnes non membres d'un organisme collégial assistent aux délibérations de celui-ci et, le cas échéant, y prennent, s'ils y sont invités, la parole, c'est à la stricte condition que, ce faisant, elles ne pèsent ni sur le cours ni sur l'issue de ces délibérations (voyez pour le cas particulier du conseil municipal 2 avril 1993, *Commune de Longjumeau c/Chadel et autres*, T. p.647 ; 10 juillet 1996, *Commune de Mons-en-Baroeul*, T. p. 745 et 747).

Si vous deviez admettre que le conseiller du Président de la République pour la justice, est intervenu pour rappeler l'ordre du jour tel qu'arrêté par le Président de la République et faire ainsi obstacle à ce que le garde des sceaux retire de l'ordre du jour l'examen du projet de nomination de M. Robert, ainsi qu'il en avait exprimé l'intention et qu'il en avait le pouvoir, dès lors qu'il exerçait, en sa qualité de suppléant, la plénitude des attributions relevant du président de séance, nous estimerions que les conditions et les conséquences de cette intervention ont été de nature à entacher la régularité de l'avis rendu par le Conseil sur cette nomination.

Mais, vous l'avez compris, telle n'est pas notre proposition principale. Pour les motifs que nous vous avons exposés, il y a un instant, nous pensons en effet que le CSM n'a pas émis d'avis sur le projet de nomination de M. Robert, contrairement au visa du décret attaqué. Et c'est pour cela que vous annulerez le décret attaqué, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête.

L'annulation du décret du 23 juin 2009 entraînera, par voie de conséquence, celle du décret du 3 juillet 2009 portant nomination de M. Lemaire aux fonctions de Procureur Général près la cour d'appel de Riom. En raison de l'annulation de la nomination de M. Robert en qualité d'avocat général près la Cour de cassation que vous prononcerez, laquelle est donc réputée n'être jamais intervenue, l'emploi de procureur général près la cour d'appel de Riom n'était pas vacant, à la date du décret portant nomination de M. Lemaire.

Reste à nous interroger sur les effets dans le temps de vos annulations pour excès de pouvoir.

En effet, les deux annulations de nomination que vous prononcerez si vous nous suivez ne seront pas sans conséquence.

Compte tenu des possibles conséquences de l'effet rétroactif de telles annulations qui concernent un avocat général à la Cour de cassation nommé le 23 juin 2009 et un procureur général nommé le 3 juillet 2009 et installé dans ses fonctions le 16 septembre 2009, sur les procédures auxquelles les intéressés ont participé ou les décisions juridictionnelles auxquelles ils ont été associés, vous avez informé les parties de l'éventualité d'une application, aux cas d'espèce, de la jurisprudence *AC* (Assemblée 11 mai 2004) qui a intégré dans l'office du juge la possibilité de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse.

Rappelons le considérant de principe de votre jurisprudence d'Assemblée : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique, en principe, que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif – après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause – de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci à contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à l'annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

Lorsque l'occasion s'en est présentée, vous n'avez pas hésité à faire jouer la modulation s'agissant de l'annulation d'une décision individuelle (17 décembre 2007, *M. Sire*, p. 471, s'agissant précisément de l'annulation de la nomination d'un magistrat sur l'emploi de Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Narbonne ; 17 décembre 2007, *M. Vignard*, s'agissant de l'annulation de la nomination d'un premier vice-président du tribunal de grande instance de Dijon auquel il s'était porté candidat).

Les parties ont produit des observations sur l'éventualité d'une modulation dans le temps des effets des annulations des nominations attaquées.

M. Robert soutient qu'une telle modulation serait inutile compte tenu de l'application de la théorie des fonctionnaires de fait.

Pour éviter de trop amples déstabilisations de l'ordonnancement juridique, vous avez forgé la « théorie du fonctionnaire de fait » en vertu de laquelle « un fonctionnaire

irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi de ces fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée ». C'est la Cour de Cassation qui a fait, la première, application de cette fiction aux effets opportunément stabilisateurs, dans l'affaire dite des mariages de Montrouge, par un arrêt du 7 août 1883 (1^{ère} civile). Cette théorie illustre le réalisme du juge administratif qui sait que les nécessités pratiques doivent, dans une certaine mesure, pouvoir tempérer la rigueur des principes (2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes et sieur Bousquié*, p. 699 ; Section 16 mai 2001, *Préfet de police c/M. Mtimet*, p. 234).

Mais si vous avez décidé de pratiquer la modulation dans vos décisions *Sire* et *Vignard* précitées, c'est en toute connaissance de cause, précisément parce que la théorie des « fonctionnaires de fait » ne s'applique pas aux magistrats. Il s'agissait donc du seul moyen de préserver la continuité du service public de la justice dans la mesure où l'annulation de la nomination d'un magistrat est de nature à provoquer la nullité des jugements et procédures auxquels il a concouru.

Il résulte en effet de la jurisprudence judiciaire qu'elle n'a jamais, jusqu'à présent, fait jouer ce que l'on pourrait appeler la « théorie des magistrats de fait ».

Une note de Pierre Chambon, sous une décision de la Cour de Cassation du 5 juin 1982, éclaire les évolutions de la jurisprudence de la Cour de Cassation. La jurisprudence judiciaire s'est, dans un premier temps, fondée sur une « présomption légale d'aptitude » : « la validité de titres en vertu desquelles le magistrat exerce ces fonctions est légalement présumée ». Une illustration en est fournie par l'affaire Philippe Maurice qui avait été condamné à mort par un arrêt de la cour d'assises de Paris du 28 octobre 1980. L'intéressé se pourvoit en cassation contre cet arrêt et invoque, à l'appui de son pourvoi, l'irrégularité de l'affectation d'un juge, M. Leclache, comme juge au tribunal de Paris. Par un arrêt en date du 19 mars 1981 (pourvoi n° 80-94525 au bulletin), la chambre criminelle rejette le pourvoi au motif qu'en l'absence de toute réclamation formulée par l'accusé au cours des débats, il y a présomption légale qu'un magistrat a été désigné conformément à la loi, en sa qualité de juge affecté au tribunal de grande instance du lieu de la tenue des assises, pour remplir les fonctions d'assesseur à la Cour d'Assises¹⁰.

L'intéressé se tourne alors vers le juge de l'excès de pouvoir. Par votre décision *Maurice* (Assemblée 15 mai 1981 p. 221), vous déclarez nulle et non avenue la nomination de M. Leclache en qualité de juge au TGI de Paris. M. Maurice est gracié le 24 mai 1981. Mais par une décision du 4 juin 1981 (pourvoi n° 80-92232 au bulletin) rendue sur le pourvoi de deux autres condamnés par la même Cour d'Assise, la chambre criminelle de la Cour de Cassation modifie sa jurisprudence et considère que l'annulation pour excès de pouvoir par le Conseil d'Etat de l'arrêté du Garde des Sceaux affectant au Tribunal de grande instance de Paris, en application du décret du 19 janvier 1979, un magistrat à titre temporaire qui avait siégé à ce titre en qualité d'assesseur à ladite cour d'assises entraînait la cassation de l'arrêt et des débats de la cour d'assises de Paris (la décision relève que « la présence de ce magistrat a vicié la composition de la cour d'assises »).

¹⁰ Comme l'expose le commissaire du gouvernement Bacquet, dans ses conclusions sur votre décision *Maurice* : « On peut être surpris de la solution qui, ne renvoyant pas au juge administratif la question de la légalité de cet acte administratif individuel mais ne se prononçant pas non plus sur ce point n'est conforme, en définitive, ni à la jurisprudence du tribunal des conflits – 5 juillet 1951 *Avranches et Desmarets* p. 638- ni aux distances que la chambre criminelle prend avec celle-ci ».

Nous comprenons que la Cour de Cassation n'ait pas fait application de la théorie du magistrat de fait : là où la continuité du service public doit l'emporter parce que le fonctionnaire s'efface derrière sa fonction, la justice exige au contraire une véritable personnalisation de la fonction de juger. Et le juge dont la nomination ou l'affectation sont irrégulières affecte la composition de la juridiction sans tempérament possible.

En l'absence, en l'état de la jurisprudence judiciaire, de verrous permettant de préserver une certaine sécurité juridique, il vous appartient donc, au moment de prononcer des annulations de nominations de magistrats pour excès de pouvoir, de vous interroger sur les conséquences qu'elles sont susceptibles d'entraîner et d'en tirer, le cas échéant, en modulant les effets dans le temps de vos décisions.

Pour sa part, le ministre de la justice vous invite à différer d'un mois les effets des annulations que vous pourriez prononcer.

Nous commencerons par examiner le cas de M. Robert.

C'est l'ordre logique des choses. A supposer que vous décidiez de reporter dans le temps le prononcé de l'annulation de sa nomination, vous seriez en effet tenus d'en tirer mécaniquement les conséquences s'agissant de l'annulation de la nomination de M. Lemaire. Celle-ci n'étant prononcée que par voie de conséquence de celle-là, vous devriez nécessairement en différer l'effet dans le temps, au moins dans la même mesure.

Il faut bien admettre que, s'agissant de M. Robert, le ministre de la Justice fournit fort peu d'éléments à l'appui de sa demande de modulation. Il se borne en effet à faire valoir le risque contentieux que ferait courir l'annulation rétroactive de sa nomination sur les différentes affaires sur lesquelles il a porté la parole en application de l'article L. 432-3 du code de l'organisation judiciaire sans autre précision sur l'ampleur des conséquences potentielles.

Au vu des pièces du dossier, nous ne sommes donc pas en mesure d'apprécier l'étendue du risque d'atteinte au fonctionnement du service public de la justice que ferait courir une annulation rétroactive.

Or, l'effet rétroactif de l'annulation, qui constitue une garantie pour le justiciable demeure le principe. C'est pourquoi vous n'avez fait jouer la modulation qu'exceptionnellement (notamment Section, 25 février 2005, *France Télécom* p. 86 ; 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, p. 576). Tel est bien le mode d'emploi délivré par l'Assemblée du contentieux qui a marqué expressément, dans les motifs de la décision AC, qu'il pouvait être « dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses ».

Dans ces conditions, différer, au regard des maigres éléments figurant au dossier, dans le temps l'effet de l'annulation de la nomination de M. Robert pourrait laisser penser le contraire et que la modulation joue, de manière systématique, dans l'hypothèse d'annulations de nominations de magistrats, sans qu'il soit besoin d'effectuer le bilan circonstancié prescrit par votre décision d'Assemblée.

Deux séries de considérations nous conduisent en outre à ne pas vous proposer de faire jouer la modulation.

En premier lieu, nous avons peine à identifier un risque de fragilisation des décisions de la Cour de Cassation qui sont rendues en dernier ressort et qui sont incontestables, en l'absence de recours en révision ouvert devant cette Cour. Certes, on ne peut exclure l'invocation d'irrégularités à propos de la procédure de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Le ministre de la justice fait précisément valoir que M. Robert a conclu, à plusieurs reprises, sur des QPC.

Mais, en tout état de cause, et c'est la seconde série de considérations, l'organisation du parquet général à la Cour de Cassation nous semble de nature à éviter le risque d'une cascade d'irrégularités subséquentes à votre décision. L'article R. 432-1 du code de l'organisation judiciaire dispose en effet qu'à la Cour de Cassation, « les fonctions du ministère public sont confiées au procureur général » dont les attributions sont définies à l'article L. 432-1 du même code. L'article L. 432-3 du COJ précise que les avocats généraux « portent la parole, au nom du procureur général, devant les chambres auxquelles ils sont affectés ». Et l'article R. 432-1 du même code dispose qu'ils « participent à l'exercice des fonctions [du ministère public] sous la direction du procureur général ».

Il en résulte que les conclusions d'un avocat général sous prononcées au nom et sous le timbre du Procureur Général¹¹. Loin de nous l'idée de pouvoir laisser penser que nous minorons l'importance de la fonction d'avocat général et tel ne doit certainement pas être l'effet prêté à notre proposition. Mais nous pensons que, compte tenu de l'organisation du parquet général à la Cour, l'irrégularité et même l'annulation de la nomination d'un avocat général ne sont, par elles-mêmes, pas de nature à affecter la régularité de la procédure dans laquelle il est intervenu dans la mesure où la parole qu'il a portée à cette occasion se trouve institutionnellement endossée par le procureur général.

Vous prononcerez donc l'annulation de la nomination de M. Robert sans déroger à son caractère rétroactif.

Venons à l'examen des conséquences de l'annulation de la nomination de M. Lemaire. Alors même qu'elle n'est prononcée par voie de conséquence de celle de M. Robert qui revêt une portée rétroactive, rien ne fait obstacle à ce que vous en différiez dans le temps les effets, si vous estimez cela nécessaire.

Sur cet point, le ministre de la justice fournit de nombreux éléments et développe de nombreux arguments à l'appui de sa demande de modulation : il met en avant trois séries de conséquences que risquerait d'emporter une annulation rétroactive de la nomination du procureur général près la cour d'appel de Riom :

- sur l'activité juridictionnelle du parquet général dans la mesure où il représente le ministère public auprès la cour d'appel en vertu de l'article 34 du code de procédure pénale (réquisitions écrites, instructions écrites, appels et pourvois en cassation, arrêts rendus par la cour d'appel ou les cours d'assises) ;

¹¹ L'article R. 432-3 du COJ prévoit en outre que « dans les affaires importantes, les conclusions [...] de l'avocat général [...] sont communiquées au procureur général » et que si celui-ci ne les approuve pas et que l'avocat général persiste, « le procureur général délègue un autre magistrat du parquet général ou porte lui-même la parole à l'audience ».

- sur l'activité des magistrats de son ressort, notamment en ce qui concerne la répartition des substituts et des divers services du parquet, installation des procureurs (en revanche, la notation ou le pouvoir disciplinaire ne seront pas affectés, la théorie du fonctionnaire de fait étant susceptible de jouer pour ces attributions non juridictionnelles) ;
- sur l'activité des officiers du ministère public et des officiers de police judiciaire de son ressort (notamment les arrêtés individuels d'habilitation).

Au vu de ces éléments, nous n'avons aucun doute pour estimer que l'annulation rétroactive de la nomination de M. Lemaire risquerait de porter, eu égard à la nature et à la durée (15 mois entre son installation et aujourd'hui) des fonctions qu'il a exercées, une réelle atteinte au fonctionnement du service public de la justice.

Dans les circonstances de l'espèce, nous estimons que cette atteinte est manifestement excessive. Mais avant de procéder à la modulation, vous devez peser les intérêts en présence. Concluant sur l'affaire *Sire*, nous avons indiqué que si la condamnation à mort de M. Maurice avait été en jeu, nous n'aurions jamais fait prévaloir la nécessité d'assurer la continuité du service public de la justice. Mais les enjeux en cause dans la présente affaire ne sont pas d'une nature telle qu'ils doivent l'emporter sur la nécessaire stabilité judiciaire. Nous prenons également en compte le motif d'annulation envisagé qui n'affecte pas la qualité intrinsèque du magistrat dont la nomination est annulée ainsi que l'absence de tout autre moyen à l'appui de la requête.

Le souci de sécuriser les procédures et les décisions auxquelles M. Lemaire pris part implique de regarder comme définitifs les effets de sa nomination antérieurs à son annulation. Compte tenu des délais prévisibles pour qu'il soit procédé à une nouvelle consultation du CSM de nature à régulariser, de quelque manière que ce soit, la situation de M. Robert, nous estimons qu'il y a lieu de différer cette annulation trois mois au-delà de la date de lecture de votre décision.

Il faut relever en effet que, par le jeu puissant de la fiction juridique, l'annulation rétroactive de la nomination de M. Robert combinée au maintien jusqu'au terme d'un délai de trois mois après la lecture de votre décision débouchera sur l'existence simultanée de deux procureurs généraux près la Cour d'Appel de Riom. Mais les éventuelles conséquences dommageables d'une telle situation parfaitement hétérodoxe resteront en tout état de cause sans incidence sur les actes et les décisions prise par M. Lemaire qui seront sanctuarisés grâce à la modulation que nous vous invitons à effectuer. Certes, vous pourriez estimer qu'à lui seul, le souci d'éviter pareille situation justifie également la modulation de l'annulation de la nomination de M. Robert. Une telle solution traduirait une évolution de votre jurisprudence AC que nous ne vous proposons pas aujourd'hui.

Puisque l'Etat succombe, dans les présentes instances, vous le condamnerez à verser à M. Robert une somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

PCMNC :

- ce que l'intervention du Syndicat de la magistrature et de l'Union syndicale des magistrats soit admise ;

- à l'annulation du décret du 23 juin 2009 ;
- à l'annulation du décret du 3 juillet 2009 à compter de l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de votre décision ;
- à ce que l'Etat versera la somme de 5 000 euros à M. Robert, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.